

A LEI N. 10.259/01 E SUA REPERCUSSÃO NO MUNDO JURÍDICO PENAL E PROCESSUAL PENAL NOVATIO LEGIS IN MELLIUS? (ARTIGO 5º, XL, DA CF/88)

Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira*

Sumário

I. Introdução. 1. A Lei n. 9.099/95. 1.1 — Visão panorâmica. 1.2 — Os quatro institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95 e suas principais características II. A Lei n. 10.259/01 e sua repercussão no mundo jurídico penal e processual penal. 1. Norma penal, processual penal ou mista? 2. Competência para aplicação dos artigos 74 e 76 da Lei n. 9.099/95, em face da Lei n. 10.259/01 e casos anteriores à vigência da lei. 2.1 — Aplicação da Lei n. 10.259/01 na Justiça Eleitoral. 3. Aplicação da Lei n. 10.259/01 para infrações penais com rito especial. 3.1 — Os crimes de trânsito. 3.2 — Os crimes de abuso de autoridade e porte ilegal de arma. 3.3 — Os crimes de competência do foro pela prerrogativa de função. 3.4 — A Lei n. 10.259/01 e a legislação de entorpecentes. 4. Concurso de infrações penais e transação penal. 5. Transação Penal vs. Suspensão Condicional do Processo. 6. A Lei n. 10.259/01 alterou, por analogia, o prazo do artigo 89 da Lei n.

* Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Promotor de Justiça/Promotor Eleitoral. Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito do Oeste de Minas — Fadom (Divinópolis/MG). Professor de Direito Processual Penal do Curso Preparatório para o ingresso nas carreiras jurídicas federais (Ceajufe), em Belo Horizonte/MG e Divinópolis/MG. Professor de Direito Eleitoral da pós-graduação da Fundação Escola Superior do Ministério Público — Belo Horizonte/MG. Professor de Direito Eleitoral da pós-graduação da Faculdade de Direito do Oeste de Minas — Fadom (Divinópolis/MG).

9.099/95 para 2 anos também (como fez com o instituto da transação penal)? III. Conclusões. IV. Bibliografia.

I — Introdução

1. A Lei n. 9.099/95

1.1 — Visão panorâmica

A Lei n. 9.099/95 incorporou no cenário jurídico penal e processual penal diversos institutos, dentre os quais se destacam:

a) A Autoridade Policial responsável (Civil ou Federal) fará um Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), que é um Boleim de Ocorrência um pouco mais aperfeiçoado, mas simples e célere como aquele, e enviará para o JECrim Estadual ou Federal. Assim, nas infrações de “menor potencial ofensivo”, consideradas pela Lei n. 9.099/95, artigo 61, haverá TCO. O que não se enquadrar neste contexto, pelo critério residual, provocará a instauração do Inquérito Policial;

b) O artigo 69, parágrafo único, cuida da impossibilidade de “prisão em flagrante” se o autor do fato se comprometer a comparecer no JECrim. Na verdade, o correto seria impossibilitar a formalização do flagrante via auto de prisão em flagrante delito e não o flagrante em si. Todavia, não se fala em abuso de autoridade, caso haja flagrante, pois não existe este crime na forma culposa, ou seja, se um policial militar, por exemplo, prende em flagrante uma pessoa por ameaça e depois a conduz para a Autoridade Judiciária, o fato de esta não formalizar o flagrante, em virtude do Termo de Comparecimento no JECrim pelo conduzido, não induz ao abuso de autoridade do policial que, naquele primeiro momento, prendeu aquele que estava nitidamente ameaçando outrem.

Além destes institutos, a citada lei introduziu os chamados “quatro institutos despenalizadores”, que serão analisados no item seguinte.

1.2 — Os quatro institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95 e suas principais características

A Lei n. 9.099/95, em seu corpo, incorporou quatro institutos despenalizadores da Escola do Direito Penal Mínimo, denomina-

dos tecnicamente de “alternativa à pena” (diante da ausência de condenação) e não de “pena alternativa”, já que neste ocorre efetivamente a condenação, mas a pena privativa de liberdade fica afastada pelo cumprimento de uma alternativa penal, como os exemplos das penas restritivas de direito (artigo 44 do Código Penal) ou *sursis* (artigo 77 do Código Penal).

Na aplicação dos benefícios da transação penal ou composição civil dos danos ou na fase do TCO, o termo correto é “autor do fato”, pois não há indiciamento ou denúncia.

Há corrente que tende a ser dominante na doutrina, admitindo a transação penal e suspensão condicional do Processo em crimes de ação penal privada, o que, em princípio, parece ser contraditório, pois na ação penal privada existem institutos despenalizadores próprios, como a decadência, a renúncia, o perdão, a retratação e a perempção.

A transação penal e suspensão condicional do Processo podem ser exceções ao princípio da indivisibilidade da ação penal, pois, havendo mais de um autor do fato, sendo que um deles aceita o benefício e os demais não aceitam ou façam jus, neste caso haverá denúncia ou queixa-crime (no caso de impossibilidade de transação) ou prosseguimento do processo (no caso de impossibilidade de suspensão condicional do processo) contra os demais.

Cada um dos quatro institutos vistos no quadro alhures é autônomo, de forma que o recebimento de um não exclui o outro. O que não pode ocorrer é receber o mesmo benefício pelo prazo de cinco anos. Este prazo somente não se aplica no benefício previsto no artigo 88 da Lei n. 9.099/95, em virtude de tratar-se de espécie de ação penal pública. O artigo 89 da Lei n. 9.099/95, em que pese nada tratar de prazo de cinco anos para novo benefício, deve assim ser entendido, pois o prazo de duração deste benefício vai de dois a quatro anos; logo, não seria crível novo recebimento antes de cinco anos, que, aliás, usando da analogia *in bona parte*, é o mesmo prazo da chamada “prescrição da reincidência” (artigo 64, I, do Código Penal).

O comando geral para aplicação dos institutos da composição civil dos danos (artigo 74) e transação penal (artigo 76), bem como a impossibilidade do flagrante (artigo 69), está contido no

conceito de “infração penal de menor potencial ofensivo”, ou seja, é por meio do resultado deste conceito que aplicamos estes institutos. Assim, os institutos dos artigos 88 (representação) e 89 (suspensão condicional do processo) não têm qualquer ligação com o conceito de “infração de menor potencial ofensivo”, ou seja, têm características próprias e autônomas, não se vinculando sequer ao artigo 61 da Lei n. 9.099/95. Daí por que são normas gerais que deveriam estar no Código Penal, em um dos parágrafos do artigo 129 (no caso do artigo 88 da Lei n. 9.099/95) ou no Código de Processo Penal (artigo 89 da Lei n. 9.099/95).

Numa visão geral, podemos assim estabelecer os quatro institutos despenalizadores alhures mencionados:

Artigo 74	
Composição Civil dos Danos	<p>Vide artigo 74, parágrafo único = renúncia ao direito de queixa ou representação, em APPCRORL ou APPrivada.</p> <p>Na APPIncondicionada, a composição não impede a transação penal.</p> <p>Aplicam-se os mesmos critérios objetivos do artigo 76 (<i>vide</i> — que é o critério de crime de menor potencial ofensivo do artigo 61 da Lei n. 9.099/95 agora c/c artigo 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/2001).</p> <p>MP não participa, por falta de previsão legal, salvo se houver interesse semelhante a sua intervenção no Cível.</p>

Artigo 76		
<p>Transação Penal (não há denúncia)</p> <p>Exceção ao princípio da legalidade ou obrigatoriedade da Ação Penal Pública¹</p>	<p>Critérios:</p> <p>1) Critério antigo:</p> <ul style="list-style-type: none"> - todas as contravenções penais; - todos os crimes sem procedimento especial cuja pena máxima cominada seja igual ou inferior a um ano (infrações de pequeno potencial ofensivo). <p>Exceções</p> <p>(crimes de médio potencial ofensivo)</p> <ul style="list-style-type: none"> - Artigo 27 da Lei n. 9.605/98 — a pena máxima deve atingir 1 ano; — Artigo 291 da Lei n. 9.503/97 — a pena máxima pode ultrapassar 1 ano; <p>2) Novo critério:</p> <p>— Artigo 2º da Lei n. 10.259 de 2001 (Juizados Especiais Federais Criminais) — o critério é pena máxima não superior a dois anos ou multa.</p>	<p>MP participa, pois é o titular da APPública.</p> <p>Tudo isso, mais o critério subjetivo (artigo 76, III, da Lei n. 9.099/95).</p> <p>É uma exceção ao princípio da legalidade ou obrigatoriedade da Ação Penal.</p> <p>Se o MP fica inerte e não oferece a proposta, duas correntes:</p> <p>a) o juiz de ofício a propõe, o que ofende a titularidade da ação penal (por via oblíqua, o juiz estaria invadindo a titularidade da ação penal e agindo conforme o juiz inquisidor da Idade Média, quebrando sua imparcialidade);</p> <p>b) por analogia, o juiz aplica o artigo 28 do CPP.</p> <p>Se o autor do fato aceita a proposta e não cumpre, duas correntes:</p> <p>a) haverá denúncia;</p> <p>b) haverá execução da medida, pois o juiz, ao homologar a transação, houve coisa julgada que impede a denúncia.</p>

Artigo 88	
<p>Representação</p> <p>Deveria estar no Código Penal como norma geral para os crimes do artigo 129.</p>	<p>Lesão Corporal Dolosa Leve e Lesão Corporal Culposa (seja qual for a gravidade) passaram a depender de representação do ofendido ou seu representante legal.</p>

¹ Legalidade: o MP é obrigado a oferecer denúncia. Neste caso, a transação penal é exceção ao princípio da legalidade.

Artigo 89		
<p>Suspensão Condicional do Processo (neste caso há denúncia)</p> <p>Exceção ao princípio da indisponibilidade da Ação Penal Pública.</p>	<p>Critérios:</p> <p>Infrações penais cuja pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano, pouco importa se tenha ou não procedimento especial.</p> <p>É aplicável a qualquer legislação penal, exceto na Justiça Militar, por força do artigo 90-A, de duvidosa constitucionalidade².</p> <p>MP participa, pois é o titular da APPública.</p> <p>Deveria estar no Código de Processo Penal como norma geral, pois se aplica a qualquer espécie de infração, desde que dentro da pena mínima prevista.</p> <p>Prazo para cumprimento das condições: dois a quatro anos;</p> <p>Condições:</p> <p>a) legais ou obrigatórias (artigo 89, § 1º);</p> <p>b) judiciais ou facultativas (artigo 89, § 2º);</p> <p>Causas de revogação:</p> <p>a) obrigatórias: artigo 89, § 3º;</p> <p>b) facultativas: artigo 89, § 4º;</p> <p>Cumprimento das condições: extinção da punibilidade (artigo 89, § 5º);</p>	<p>Analisar sempre as condições, os requisitos subjetivos e objetivos.</p> <p>É uma exceção ao princípio da indisponibilidade da Ação Penal (pressupõe haver denúncia).</p> <p>Se o MP fica inerte e não oferece a proposta, duas correntes:</p> <p>a) o juiz de ofício a propõe, o que ofende a titularidade da ação penal (por via oblíqua, o juiz estaria invadindo a titularidade da ação penal e agindo conforme o juiz inquisidor da Idade Média, quebrando sua imparcialidade);</p> <p>b) por analogia, o juiz aplica o artigo 28 do CPP.</p> <p>Se o autor do fato aceita a proposta e não a cumpre, o processo volta a correr, junto da prescrição.</p> <p>A doutrina chama de forma equivocada este instituto como sendo “<i>sursis processual</i>”³</p>

A grande questão, no tocante ao instituto da suspensão condicional do Processo, era:

— Seria possível a aplicação do artigo 89 da Lei n. 9.099/95 em caso de desclassificação do crime?

- Imperioso observar que a suspensão condicional do Processo não se confunde com *sursis* (suspensão da pena). No primeiro caso, trata-se de instituto despenalizador da Lei n. 9.099/95, em que não há condenação (alternativa à pena); já no *sursis*, há condenação (pena alternativa). Por esta razão, não é técnico usar a expressão “*sursis processual*” para designar o instituto do artigo 89 da Lei n. 9.099/95.
- Imperioso observar que a suspensão condicional do Processo não se confunde com *sursis* (suspensão da pena). No primeiro caso, trata-se de instituto despenalizador da Lei n. 9.099/95, em que não há condenação (alternativa à pena); já no *sursis*, há condenação (pena alternativa). Por esta razão, não é técnico usar a expressão “*sursis processual*” para designar o instituto do artigo 89 da Lei n. 9.099/95.

A resposta é positiva.

Assim, em caso de desclassificação da infração penal, em que a desclassificada permite a aplicação do artigo 89 da Lei n. 9.099/95, o órgão judiciário, ao operar a desclassificação, deverá aguardar o prazo recursal desta e, após, dar vista ao *Parquet* para oferecer ou não o benefício. Caso o beneficiário não aceite ou não cumpra a benesse, neste caso haverá condenação, ou seja, a suspensão condicional do processo. Na hipótese de desclassificação da infração penal, antecede a condenação, pois do contrário seria *sursis*, quebrando a teleologia da lei (criar institutos despenalizadores), exceto num caso:

— no Tribunal do Júri, mesmo havendo desclassificação de infração dolosa contra a vida para uma das competências da Lei n. 9.099/95 (JECrim), deverá o Juiz (a) — Presidente desclassificar, conforme a decisão dos Jurados, condenar primeiro e depois abrir prazo para suspensão condicional do Processo, em face dos princípios da unicidade da audiência do Júri e incomunicabilidade dos jurados, pois não haveria como o mesmo Conselho de Sentença ser dissolvido e resolver depois, não fosse o caso da benesse, condenar-se-ia ou absolver-se-ia.

Portanto, o momento para oferecer a proposta de suspensão condicional do Processo será:

a) em regra, no oferecimento da denúncia, não sendo lógico que, em alegações finais, depois que o réu estudou toda a prova, tenha novamente a oportunidade de desejar o benefício, pois quebraria o fim lógico do instituto de não se discutir culpabilidade;

b) em caso de desclassificação, duas hipóteses podem ocorrer:

b.1 — em crimes que não sejam do Júri: o magistrado, após alegações finais das partes, profere sentença meramente desclassificatória, aguarda eventual recurso das partes e, após o trânsito desta sua sentença declassificatória, abre vista ao *Parquet* sobre eventual proposta de suspensão condicional do Processo e, não sendo o caso de aplicá-la, nesta hipótese, sim, profere sentença de mérito;

b.2 — em crimes do Júri: conforme dito acima, como a Audiência do Júri não pode ser cingida (apenas suspensa), em

face do princípio da íntima convicção dos jurados e até da incomunicabilidade dos jurados, o juiz deverá, em primeiro lugar, dar sentença de mérito (condenando, se o caso não for de absolvição) e, durante o prazo recursal, se não houver inconformismo quanto à desclassificação, deverá o juiz enviar os autos ao JECrim e o MP se manifestar sobre a suspensão condicional do Processo. Se isto não for feito, ou seja, se em vez de condenar o juiz simplesmente acolher a desclassificação e analisar a suspensão condicional do processo, poderá haver até nulidade do julgamento, pois dificilmente se aceitará a proposta posteriormente, após o encerramento do julgamento, em que pese nada impedir que os Tribunais assim entendam.

Nesse sentido:

Júri — Desclassificação para lesão corporal — Suspensão condicional do processo — Art. 89 — Lei n. 9.099/95 — Medida deferida pelo juiz após oitiva do Ministério Público e de requerimento da defesa — Possibilidade — 1. Se o Tribunal do Júri desclassificou a conduta para lesão corporal, correto foi o magistrado em deferir pedido da defesa, determinando a suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/95, ante a recusa do Ministério Público em fazê-lo. Nesse caso não há falar em aplicação do art. 28 do CPP — Precedentes desta Corte. 2. Recurso conhecido somente pela alínea c, mas improvido (STJ — REsp n. 191.384 — MG — 6ª T. — Rel. Min. Fernando Gonçalves — DJU 4-10-1999 — p. 118).

Note que no rito do Júri a suspensão condicional do Processo não funciona como alternativa à pena e sim como pena alternativa, mas sem gerar quaisquer maus antecedentes ou reincidência porque, como a proposta foi feita e aceita antes do trânsito em julgado (na fase recursal), nesta hipótese a condenação dada foi suspensa e, tendo cumprido a proposta, haverá extinção da punibilidade.

Outra dúvida que atormentou o cenário jurídico da Lei n. 9.099/95 foi:

— O que seria “infração de menor potencial ofensivo”, já que duas Leis n. 9.503/97 e n. 9.605/98 surgiram criando outros requisitos.

Esta questão é de fundamental importância, pois há saber o conceito de “infração de menor potencial ofensivo”.

Apesar de a Lei n. 9.099/95 trazer um critério especial de “menor potencial ofensivo” (artigo 61), duas leis, posteriores à edição da Lei n. 9.099/95, permitiram a aplicação dos institutos despenalizadores daquela, sendo que uma para crimes com rito especial, em que pese o mesmo critério temporal (Legislação Ambiental — Lei n. 9.605/98, artigo 27), e a segunda, prevendo critério temporal até maior do que inicialmente estabelecido na Lei n. 9.099/95 (Código de Trânsito Brasileiro — Lei n. 9.503/97, artigo 291 e seu parágrafo único).

Estas duas “exceções” ao critério do artigo 61 da Lei n. 9.099/95 de “menor potencial ofensivo” tinham entendimento dominante da Jurisprudência pelo processo e julgamento na Justiça comum, nas Varas Criminais e não no JECrim (Juizado Especial Criminal).

Isto porque as duas exceções não estavam previstas na Lei n. 9.099/95, ou seja, não se enquadravam no critério legal de “infrações de menor potencial ofensivo” de forma que a Doutrina passou a denominá-las de “crimes de médio potencial ofensivo”.

Assim, com o advento das Leis n. 9.503/97 e n. 9.605/98 tínhamos como gênero “infrações de menor potencial ofensivo”, tendo como espécies:

a) infrações de pequeno potencial ofensivo — previstas na Lei n. 9.099/95, artigo 61;

b) crimes de médio potencial ofensivo:

b.1— artigo 27 da Lei n. 9.605/98 (em face do rito especial) e;

b.2— artigo 291, parágrafo único, do CTB (em face do critério temporal ser superior a um ano), ou seja, será possível aplicação dos institutos da transação penal, inclusive para os crimes de lesão corporal culposa (artigo 303, cuja pena máxima é de dois anos), de embriaguez ao volante (artigo 306, cuja pena máxima é de três anos), e de participação em competição não autorizada (artigo 308, cuja pena máxima é de dois anos).

Mas a Lei n. 10.259/01 mudou novamente este conceito, conforme veremos.

II. A Lei n. 10.259/01 e sua repercussão no mundo jurídico penal e processual penal

1. Norma penal, processual penal ou mista?

A Lei n. 10.259 é de 12 de julho de 2001, mas publicada no DOU de 13-7-2001, tendo artigo expresso prevendo sua entrada em vigor em 6 meses, ou seja, a citada lei entrou em vigor em 13-1-2002.

Nesta, o artigo 2º da citada lei criou o Juizado Especial Federal Criminal, assim dispondo:

“Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo.

“Parágrafo único. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para efeitos desta lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa”.

Este único artigo da esfera penal, já que a lei preocupou-se mais com a esfera cível da área federal, criou uma série de confusões, entrando em choque com o artigo 61 da Lei n. 9.099/95.

Como visto, na Lei n. 9.099/95, o critério de “infração de menor potencial ofensivo” é distinto, conforme o quadro alhures analisado. Já na nova lei, aplicam-se os institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95 (artigos 74 e 76) a crimes que também tenham procedimento especial, pois a lei não fez qualquer proibição.

A questão mais complicada da Lei n. 10.259/01 seria a análise de sua essência, no sentido de ser eminentemente processual (caso em que se aplicaria apenas na Justiça Federal) ou mista (processual e penal, por interferir na liberdade do autor do fato, já que se trata de aplicação de institutos despenalizadores).

Assim, se a nova lei for considerada norma mista, segue as regras do Direito Penal no tempo, ou seja, retroage se beneficiar o “réu” e, como beneficia, o artigo 61 da Lei n. 9.099/95 estaria derogado no prazo, ou seja, os artigos 74 e 76 da Lei n. 9.099/95

teriam como prazo a pena máxima de 2 (dois) anos e não mais de 1 (um) ano.

Isto por que o comando geral para aplicação dos institutos da composição civil dos danos (artigo 74) e transação penal (artigo 76), bem como a impossibilidade do flagrante (artigo 69), está contido no conceito de “infração penal de menor potencial ofensivo”, ou seja, é pelo resultado deste conceito que aplicamos estes institutos.

A pergunta agora deve novamente ser feita:

— O que é “infração de menor potencial ofensivo” com o advento da Lei n. 10.259/01?

Aqui começam os problemas.

Adotando a tese da norma mista, *data venia* aos demais processualistas penais, o critério mudou, em face do artigo 5º, XL, da CF/88 (*novatio legis in melius*).

Assim, teremos que:

a) na Justiça comum Federal de primeira instância, no seu órgão JECrim, o critério de “infração penal de menor potencial ofensivo” será para todos os crimes (já que a Justiça comum Federal não tem competência para o julgamento de contravenções penais — artigo 109, IV, da CF/88 c/c a Súmula 38 do STJ) a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa.

Mas questiona-se:

b) E para a Justiça comum Estadual de primeira instância, no seu órgão JECrim, qual será o critério para “infração penal de menor potencial ofensivo”, que redundará na aplicação dos artigos 69, 74 e 76 da Lei n. 9.099/95?

Neste particular, com o amparo da norma mista no tempo, chegaremos à conclusão de que a Lei n. 10.259/01 derogou o artigo 61 da Lei n. 9.099/95, ficando o JECrim Estadual com a seguinte competência:

— julgamento de todas as contravenções penais (daí por que o artigo 2º da Lei n. 10.259/01 apenas derogou o artigo 61 da Lei n. 9.099/95, já que o JECrim Estadual ainda julgará as contravenções penais — Súmula 38 do STJ) e todos os crimes a que a

lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa, pouco importando se no crime haja ou não procedimento especial.

Portanto, a maioria dos doutrinadores processuais penais, como Damásio Evangelista de Jesus⁴, Fernando Capez, Mirabete, Luiz Flávio Gomes⁵ e outros entenderam, com muita propriedade, que o artigo 61 da Lei n. 9099/95 foi derogado pela citada lei, sendo que de agora em diante o JECrim Estadual será competente para aplicação de institutos despenalizadores (artigos 74 e 76 da Lei n. 9.099/95) e ainda a impossibilidade do flagrante (artigo 69, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95), processo e julgamento de todas as contravenções penais e crimes, com pena máxima de 2 (dois) anos ou multa, pouco importando se haja previsão ou não de procedimento especial.

Fundamentam os doutrinadores que a citada lei dos Juizados Especiais Federais Criminais não poderia criar um prazo diferenciado para a Justiça Federal, para aplicação de composição civil dos danos e transação penal, pois isto provocaria a quebra dos princípios da igualdade, proporcionalidade e razoabilidade.

Como exemplos, poderíamos citar o absurdo de que, se assim não fosse, se uma pessoa desacatasse Juiz Federal, receberia transação penal no JECrim Federal, enquanto que, se outra desacatasse Juiz Estadual, receberia denúncia e suspensão condicional do processo, o que quebra a proporcionalidade diante de uma mesma situação.

Da mesma forma, se os crimes contra a organização do trabalho forem praticados contra uma categoria de trabalhadores, o que provoca a competência da Justiça comum Federal, no JECrim Federal receberão transação penal, enquanto que, se o crime contra a organização do trabalho apenas voltar-se contra um trabalhador, o que provoca a competência da Justiça comum Estadual (STJ — Conflito de Competência n. 338, DJU de 16-10-89, p.15.854), receberia denúncia, o que é mais absurdo ainda. Igual-

4 JESUS, Damásio de. A exceção do art. 61 da Lei dos Juizados Especiais Criminais em face da Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001 (Lei dos Juizados Especiais Federais), *in* www.damasio.com.br, ago. 2001.

5 GOMES, Luiz Flávio. "Lei dos juizados criminais federais e seus reflexos no âmbito da competência dos juizados estaduais", *Síntese Jornal, Doutrina*, fevereiro de 2002.

mente em caso de crime de assédio sexual (artigo 216-A do CP), que na Justiça Federal (JECrim Federal) receberá transação penal, mas se fosse no âmbito Estadual incidiria ação penal privada ou pública (artigo 225 do CP — Ação penal de regra é privada, podendo ser pública incondicionada ou condicionada) com suspensão condicional do processo.

Portanto, o artigo 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/2001 não se trata de norma processual penal, mas norma mista, ou seja, em que pese ter caráter processual penal (no tocante à competência da Justiça comum Federal, por seu Juizado Especial Criminal Federal), também tem forte previsão de direito material (Direito Penal), porquanto importa na liberdade do indivíduo, ao prever institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95 com pena máxima de 2 (dois) anos.

Assim, considerando que a lei mista segue as regras das leis penais no tempo, ou seja, pelo artigo 5º, XL⁶, da CF/88, retroage somente para beneficiar o réu. O artigo 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/2001 se aplica no JECrim da Justiça comum Estadual, seja para contravenções penais, seja para todos os crimes em que a pena máxima seja igual ou inferior a 2 (dois) anos, ou multa, pouco importando que haja procedimento especial, trazendo de volta à competência do JECrim Estadual os crimes contra a honra, de trânsito (artigo 291 da Lei n. 9.503/97) e os ambientais (Lei n. 9.605/98, artigo 27), bem como inaugurando uma série de outros aos quais não cabia sua aplicação, como:

— abuso de autoridade, porte ilegal de arma, porte de substância entorpecente (artigo 16 da Lei n. 6.368/76), rixa, incêndio culposo, violação de sigilo funcional, usurpação de função pública, resistência, desacato, fuga de pessoa presa, motim de presos, crimes contra a economia popular, crimes de imprensa (artigos 16, 17, 19, 21 e 22), crimes contra criança e adolescente (ECA — artigos 228 a 232; 234 a 236; 242 a 244); crimes contra as relações de consumo (CDC — artigos 63 a 74); crimes contra a ordem tributária (artigo 2º); crimes nas licitações (artigos 93, 97 e 98 da Lei n. 8.666/93); crimes contra a propriedade industrial, cuja ação penal

6 Princípio da irretroatividade da Lei penal no tempo, salvo se for para beneficiar o réu.

é privada, exceto no caso do artigo 191 (Lei n. 9.279/96, arts. 183 a 195); crimes relativos à remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante (arts. 17 a 20 da Lei n. 9.434/97); crimes ambientais (Lei n. 9.605/98) etc.

Portanto, o artigo 20 da Lei n. 10.259/01, que expressamente proíbe a sua aplicação na Justiça Estadual, é inconstitucional, porque fere os princípios da igualdade (artigo 5º, I, da CF/88) e proporcionalidade (artigo 5º, LIV).

O professor Luiz Flávio Gomes define com exatidão o porquê da aplicação da Lei n. 10.259/01 na Justiça Estadual:

“Porque sobre o legislador ordinário está a vontade do Constituinte (a Constituição). Nenhum texto ordinário pode, sem justo motivo, discriminar situações. Se o crime da mesma natureza é julgado pela Justiça estadual e federal, deve receber o mesmo tratamento jurídico [...]”.

“Crimes exatamente idênticos (desobediência, assédio sexual, porte de drogas para uso, porte ilegal de arma de uso permitido etc.) não podem ter tratamento diferenciado só porque a vítima de um deles é funcionário público federal enquanto a outra é estadual, porque o crime ocorreu em terra ou dentro de um avião etc.

“Um juiz (ou qualquer outro operador jurídico) formalista dirá: a Lei n. 10.259/01 é especial e, portanto, aplica-se tão-somente aos Juizados federais. Para ele, pouco importa que a infração da mesma natureza tenha dois regimes jurídicos completamente distintos.

“Juiz (estudante ou um operador jurídico) desse jaez não consegue transcender o nível da literalidade normativa. Continua trabalhando (napoleonicamente) com o método meramente substantivo. Esse modelo de juiz (de estudante e de jurista) está ultrapassado e morto. Só resta ser sepultado.

“O juiz (é o intérprete) tem que ter comprometimento ético e buscar na sua atividade a realização do valor da justiça. Urge que alcance o método de ponderação, do equilíbrio e da razoabilidade”.

2. Competência para aplicação dos artigos 74 e 76 da Lei n. 9.099/95, em face da Lei n. 10.259/01 e casos anteriores à vigência da lei

Em todos os delitos citados exemplificadamente alhures, fixou-se definitivamente a competência do JECrim (Federal ou

Estadual) para aplicação dos institutos citados (69, 74 e 76 da Lei n. 9.099/95) e não a Justiça comum, salvo se o caso for de aplicação nas Justiças Especiais, como a Justiça Eleitoral, já que a competência desta é em razão da matéria, assim definida na CF/88. Portanto, crimes eleitorais que permitirem os artigos 69, 74 e 76 da Lei n. 9.099/95, em face da Lei n. 10.259/01, terão os benefícios, processo e julgamento na Justiça Eleitoral, em face da CF/88.

A pergunta que surgirá:

Como poderá um crime de lei especial, por exemplo, artigo 16 da Lei n. 6.368/76, parar na competência do JECrim? Não haveria quebra da ampla defesa, já que o rito deste é sumaríssimo?

A competência do JECrim é de Juízo⁷, ou seja, competência absoluta, diante da lei de Organização Judiciária, que, se não observada, provoca a nulidade absoluta dos atos e termos realizados. Assim, com o advento da Lei n. 10.259/01, o JECrim passou a ser o competente para qualquer benefício legal que importe na conhecida “infração de menor potencial ofensivo” (artigos 69, parágrafo único, 74 e 76 da Lei n. 9.099/95).

Assim, mesmo que o rito seja especial, o JECrim será o competente para tais benesses e não a Justiça comum. Desta forma, mesmo que a transação penal, por exemplo, no artigo 16 da Lei n. 6.368/76, não seja aceita ou não seja caso de aplicá-la (em face da ausência de requisitos subjetivos), a denúncia será ajuizada no JECrim, com o rito do artigo 81 da Lei n. 9.099/95 (com aplicação subsidiária das Leis ns. 6.368/76 e 10.409/02 e ainda o CPP) e somente retornará para a Justiça comum, com o rito originário daquele crime, no caso de complexidade da causa (artigo 77, § 2º, da Lei n. 9.099/95), ou de necessidade de citação editalícia (artigo 66, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95), ainda que depois do edital seja localizado o autor do fato.

Nesse sentido:

Art. 66. A citação será pessoal e far-se-á no próprio Juizado, sempre que possível, ou por mandado.

7 Juízo ou Vara é uma entidade jurídica criada para delimitar a competência quanto à matéria, dentro de uma comarca, zona eleitoral, Auditoria ou Seção Judiciária. A Lei de Organização Judiciária cuidará do tema.

Parágrafo único. Não encontrado o acusado para ser citado, o Juiz encaminhará as peças existentes ao Juízo comum para adoção do procedimento previsto em lei.

Art. 77. [...] § 2º. Se a complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia, o Ministério Público poderá requerer ao Juiz o encaminhamento das peças existentes, na forma do parágrafo único do artigo 66 desta lei.

Concluímos, assim, que todo o crime que tiver procedimento especial, a partir de 13-1-2002 (data em que entrou em vigor a Lei n. 10.259/01), deverá dirigir-se para o JECrim, para aplicação de benefícios, processo ou julgamento, somente retornando para a Justiça comum se a causa for complexa ou necessitar de citação editalícia. Nestes crimes com rito especial, aplica-se em primeiro lugar o rito da Lei n. 9.099/95, artigo 81. No caso de omissão ou lacuna deste rito, de forma subsidiária, aplicar-se-á o rito da lei especial que regula aquele crime e ainda o Código de Processo Penal. Ademais, não há falar em prejuízo para a defesa com o novo rito do artigo 81 da Lei n. 9.099/95, porquanto o rito sumaríssimo tem defesa preliminar, interrogatório por último, dez dias para apelação etc.

Mas a pergunta que provocará a maior balbúrdia jurídica, inclusive nas capitais brasileiras (por causa do imenso acúmulo de serviço) será:

— E os processos que estavam tramitando antes da entrada em vigor da Lei n. 10.259/01 na Justiça comum deverão ser remetidos para o JECrim, ou continuarão tramitando na Justiça comum?

A resposta desta questão não é fácil e somente determinando a natureza jurídica do artigo 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/01 é que chegaremos à resposta correta.

Assim, surgirão três correntes:

1ª corrente — o artigo 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/01 é norma eminentemente processual penal e, como tal, somente se aplica para a Justiça comum Federal, sendo irretroativa para o JECrim Estadual, que continua com o prazo e demais regras previstas no artigo 61 da Lei n. 9.099/95 — esta posição, além de minoritária pela doutrina, tende a ser afastada pelos tribunais brasileiros;

2ª corrente — o artigo 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/01 é norma mista e, como tal, segue as regras da lei penal no tempo (artigo 5º, XL, da CF/88). Isto provocará o fenômeno da retroatividade da lei para casos anteriores à sua vigência, na parte penal (aplicação dos artigos 69, parágrafo único, 74 e 76 da Lei n. 9.099/95). Mas, na parte processual penal (fixação da competência), apenas terá aplicação imediata (artigo 2º, CPP) com a entrada em vigor da lei estipulada para 13-1-2002, sendo que os TCO's ou processos em curso antes desta data continuarão com a justiça comum.

Note que aqui o intérprete estará simplesmente separando o conteúdo penal do processual penal da norma mista, agindo como se fosse legislador, quebrando o sistema constitucional do *check and balance* (artigo 2º da CF/88), que não prevê esta modalidade de separação de lei pelo Poder Judiciário.

Esta corrente ganhou, no Estado de Minas Gerais, a adesão do Poder Judiciário, que na Portaria Conjunta n. 24/2001 (publicada no Diário do Judiciário, edição de 11-12-2001), por seu honroso e culto Presidente, Exmo. Sr. Des. Gudesteu Biber, e nobre Corregedor-Geral de Justiça, Exmo. Sr. Des. Murilo José Pereira, nos artigos 1º e 2º, assim estabeleceram:

“Artigo 1º — Os processos criminais de delitos com pena máxima não superior a dois anos ou multa, ajuizados perante as varas criminais comuns até o dia 12 de janeiro de 2002, não serão encaminhados aos Juizados Especiais Criminais, continuando a tramitar perante aquelas varas, até decisão final.

“Artigo 2º — A partir de 13 de janeiro de 2002, data da vigência da Lei Federal n. 10.259, de 12 de julho de 2001, aplicar-se-á, para fixação da competência dos Juizados Especiais Criminais do Estado, o disposto em seu art. 2º, parágrafo único”.

Nota-se, por esta portaria, que o Poder Judiciário mineiro, por seu Presidente e Corregedor, separam a parte processual penal (artigo 1º da Portaria — efetivando a fixação de competência do JECrim somente a partir de 13-1-02) da parte penal (artigo 2º da Portaria — dando aplicação constitucional de retroatividade de lei penal mais benéfica — artigo 5º, XL, da CF/88), ou seja, interpretam a Lei n. 10.259/01 como lei mista, mas

separam, em relação ao tempo, instituto processual penal do instituto penal.

Seguindo o mesmo norte, o enunciado Criminal n. 2, do I Encontro Regional dos Juizados Especiais de Minas Gerais, realizado em Poços de Caldas nos dias 30 de novembro e 1º de dezembro de 2001, dispõe:

“Os processos criminais de delitos com pena máxima não superior a dois anos ou multa, em curso até 12-1-2002, permanecerão na Vara Criminal da Justiça comum, onde será examinada a possibilidade de incidência dos institutos da Lei n. 9.099/95 (aprovado por unanimidade)”.

Ressalta-se que, em que pese a Portaria e o enunciado alhures mencionados, estes não têm o condão de ferir a independência funcional dos juízes, garantia constitucionalmente prevista, pois a presente Portaria e o enunciado não têm efeito normativo e, sim, meramente informativo e institucional.

3ª corrente — o artigo 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/01 é norma mista e, como tal, segue as regras da lei penal no tempo (artigo 5º, XL, da CF/88). Isto provocará o fenômeno da retroatividade da lei para casos anteriores à sua vigência, pois é mais benéfica ao réu. E, também, deslocará a competência para o JECrim e não mais para a Justiça comum, pois norma mista, seguindo a regra do penal, a este também se subsume, de forma que não poderá o intérprete simplesmente utilizar a parte penal da lei (aplicação dos artigos 69, parágrafo único, 74 e 76 da Lei n. 9.099/95) e aplicá-la de forma retroativa (artigo 5º, XL, da CF/88) mas não usar a parte processual (fixação de competência do JECrim), deixando de aplicar aos processos anteriores à lei. Enfim, na lei mista, ou retroage tudo, ou não retroage nada, a saber:

— se a norma mista for benéfica ao réu, retroage tudo (parte penal e processual penal — artigo 5º, XL, da CF/88);

— se a norma mista for *in malla partem*, nada retroagirá, apenas terá aplicação da sua vigência em diante.

Filio-me a esta corrente, sob pena de o aplicador da lei usurpar função legislativa, separando partes da lei que o legislador não separou.

Aliás, esta mesma questão (se pode ou não norma mista ser separada) foi resolvida pelo STF e STJ, na discussão acerca da Lei n. 9.271/96⁸, que entrou em vigor em 17-6-96.

Na época surgiram três correntes:

1. Aplicam-se, por inteiro, os institutos da nova lei (suspensão do processo e da prescrição) porque beneficiam o réu — aplicação pura e simples do artigo 2º do CPP. Todavia, a suspensão da prescrição prejudicava o réu, razão pela qual esta corrente, *data venia*, foi falha, já que a CF/88 não permite que a lei retroaja para prejudicar o réu. Esta corrente entende que o artigo 366 do CPP é apenas norma processual penal e não mista. Esta corrente, quando a lei surgiu, foi dominante no Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo;

2. Não se aplicam, por inteiro, os institutos da nova lei, mas apenas à parte que beneficia o réu (suspensão do processo — parte retroativa). Logo, não se aplica a suspensão da prescrição, sendo esta irretroativa. Esta corrente, *data venia*, contrariou o princípio da igualdade de tratamento, prejudicando o autor — MP ou querelante. Além do mais, a suspensão do processo deve ser provocada, mas a suspensão da prescrição não (é *ex vi legis*). Por fim, se isto fosse possível, o juiz estaria legislando, já que o legislador não criou esta possibilidade. Esta corrente acerta ao interpretar o artigo 366 do CPP como norma mista, mas peca por quebrar o princípio da igualdade entre as partes no Processo Penal;

3. Aplica-se a Suspensão Condicional do Processo (beneficia o réu) e a Suspensão do Prazo Prescricional (beneficia o autor), apenas após a vigência da lei já referida. Assim, por esta corrente, a norma é mista e, como tal, na parte penal prejudica o réu; logo, não pode retroagir, ainda que em parte, devendo ser aplicada somente da sua vigência em diante, pois a norma mista ou retroage tudo (parte penal ou processual penal — se for benéfica ao réu), ou não retroage nada (se for maléfica ao réu).

A corrente que entendeu que a norma mista não poderia ser fracionada foi a que vingou. O STF (RHC n. 74.695, 2ª Turma, rel.

8 A Lei n. 9.271/96 deu nova redação ao artigo 366 do CPP (revelia no processo penal), criando institutos processuais penais da revelia, quais sejam, produção de prova de caráter urgente e suspensão do processo, bem como institutos penais da revelia, quais sejam, suspensão da prescrição e prisão preventiva.

Min. Carlos Velloso, em 11-3-97, v.u.), o STJ e, em Minas Gerais, a Súmula 26 TJMG pacificaram o seguinte entendimento: a suspensão do processo e a suspensão do prazo prescricional somente se aplicam aos processos iniciados após 17-6-96. A Súmula 26 do TJMG assim impõe:

“A suspensão do processo e da prescrição, prevista na Lei n. 9.271/96, só se aplica às infrações cometidas após sua vigência (17-6-96), não retroagindo, mesmo quando revel o acusado (unanimidade)”.

Curiosamente, o Tribunal de Justiça mineiro, na discussão da Lei n. 9.271/96, por unanimidade, sumulou a matéria em que lei mista retroage em sua inteireza somente se for benéfica ao réu, que neste caso não era. O Tribunal, portanto, não separou a norma mista em penal e processual penal, dando tratamento distinto, agindo corretamente.

Todavia, agora, na discussão da Lei n. 10.259/01, o Presidente do Tribunal de Justiça e o Corregedor-Geral de Justiça editaram uma Portaria Conjunta, reconhecendo que a citada lei é mista, mas separando o conteúdo penal do processual penal, ou seja, na parte penal a lei deve retroagir por ser benéfica ao réu, mas, na parte processual penal, o JECrim somente terá competência para processos a partir do dia 13-1-2002.

Esta contradição certamente será resolvida pelo Plenário do eg. TJMG, além do próprio STF como órgão de cúpula, sem prejuízo de eventuais conflitos de atribuições entre membros do Ministério Público mineiro que trabalham nas Varas Criminais e no JECrim, caso em que será resolvido pelo Exmo. Procurador-Geral de Justiça do Estado.

2.1— Aplicação da Lei n. 10.259/01 na Justiça Eleitoral

Sobre a aplicação da Lei n. 9.099/95 na Justiça Eleitoral, é de se observar que o artigo 76 da citada lei, que cuida da transação penal, não se lhe aplicava, até o advento da Lei n. 10.259/2001, por serem as leis eleitorais leis extravagantes que não tinham previsão expressa para a transação penal, como possui o artigo 27 da Lei n. 9.605/98 (Lei Ambiental) e o artigo 290 da Lei n. 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro).

Todavia, com o advento da Lei n. 10.259/01, que mudou o critério, não mais exigindo ritos especiais, é possível a aplicação dos institutos dos artigos 69, parágrafo único, 74 e 76 da Lei n. 9.099/95, desde que sejam operacionalizados na própria Justiça Eleitoral e não no JECrim, pois a competência da Justiça Eleitoral é fixada pela CF/88 em razão da matéria.

Da mesma sorte, aplicar-se-á, de agora em diante, o artigo 69 da Lei n. 9.099/95, isto é, como o critério de “infração de menor potencial ofensivo” mudou, em face da Lei n. 10.259/2001, aplicando-se assim, na Justiça Eleitoral os institutos dos artigos 74 e 76 da Lei n. 9.099/95, não poderá haver prisão em flagrante se o infrator eleitoral se comprometer a receber transação penal na Justiça Eleitoral. Portanto, não será preciso sequer levar o autor do fato ao Juiz Eleitoral.

Noutro giro, os crimes de lesão corporal leve e culposa, conexos com um crime eleitoral, são julgados pela Justiça Eleitoral (art. 78, IV, do CPP) e para os quais se aplica o artigo 88 da Lei n. 9.099/95 (exigência de representação).

Já para suspensão condicional do Processo (art. 89), presentes todos os requisitos objetivos e subjetivos, e ainda, no que couber, aplica-se na Justiça Eleitoral, como antes já se vinha aplicando, mas ainda com o mesmo prazo (pena mínima de até 1 (um) ano, pois a Lei n. 10.259 nada mudou neste sentido).

Havendo suspensão condicional do Processo, o Promotor Eleitoral deve ficar atento a eventual dano causado à sociedade ou ao pleito eleitoral, devendo a reparação dos danos ser condição precípua para que o Estado não suporte um ônus a que não deu causa, salvo provada documentalmente a impossibilidade de fazê-lo, sob pena de crime de falsidade ideológica.

3. Aplicação da Lei n. 10.259/01 para infrações penais com rito especial

Com a Lei n. 10.259/01, os crimes que possuam rito especial também estarão sujeitos aos benefícios dos artigos 69, 74 e 76 da Lei n. 9.099/95.

Esta nova aplicação se extraía do artigo 61 da Lei n. 9.099/95, que proibia expressamente a aplicação da transação

penal para os crimes previstos em leis especiais, somente permitindo-a para as contravenções.

Nesse sentido:

Art. 61 da Lei n. 9.099/95:

Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.

“Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

“Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança.”

Concluía-se, portanto, que o flagrante era possível nos crimes que tivessem procedimento especial, ou seja, não se aplicava o artigo 69, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95 para crimes com procedimento especial, porque o artigo 61 da Lei n. 9.099/95 não considerava infrações de menor potencial ofensivo os crimes em que a lei especial previsse procedimento especial, possibilitando assim o flagrante nos crimes eleitorais, no artigo 16 da Lei n. 6.368/76 etc., justamente por não serem passíveis de transação penal. No caso, poder-se-ia conceder liberdade provisória com ou sem fiança, mas a prisão em flagrante era possível e não cabia transação penal.

Mas tudo isto mudou, em razão da Lei n. 10.259/2001, que regulamentou o Juizado Especial Federal Criminal e derogou o artigo 61 da Lei n. 9.099/95.

Portanto, a vingar a tese de que a Lei n. 10.259/01 é norma mista, isto é, tem também conteúdo penal, não poderá haver qualquer espécie de interpretação restritiva da nova lei, visando a proibir a sua plena aplicação em crimes que tenham procedimento especial, pois do contrário estar-se-ia violando norma constitucional (artigo 5º, XL, da CF/88).

Neste particular, *data venia*, o enunciado Criminal n. 1 do I Encontro Regional dos Juizados Especiais de Minas Gerais, realizado em Poços de Caldas nos dias 30 de novembro e 1º de dezembro de 2001, é visivelmente inconstitucional, contrariando o artigo 5º, XL, da CF/88, pois interpreta contra o réu norma que a Lei n. 10.259/01 não proibiu. Ora, o que não está proibido juridicamente, ainda mais em Direito Penal, está permitido.

Diz o enunciado:

“As infrações consumadas a partir da vigência da Lei n. 10.259/01 (13-1-02), com pena máxima não superior a dois anos e multa, não sujeitas a procedimento especial, estarão afetas aos Juizados Especiais (aprovado por unanimidade)”.

Nota-se, portanto, o visível caráter inconstitucional do enunciado.

3.1 — Os crimes de trânsito

Nos crimes de trânsito, por força do artigo 291 e seu parágrafo único da Lei n. 9.503/97, aplicavam-se os artigos 74, 76 e 88 da Lei n. 9.099/95, nos moldes do artigo 61, e com mais uma peculiaridade: os crimes de lesão corporal culposa (artigo 303, com pena máxima de dois anos), embriaguez ao volante (artigo 306, com pena máxima de três anos), e participação em competição automobilística não autorizada (artigo 308, com pena máxima de dois anos) permitiam também as benesses alhures, mesmo o prazo da pena máxima não sendo de um ano, como exigia o artigo 61 da Lei n. 9.099/95.

Daí por que estas três exceções se processavam na Justiça comum e eram chamadas de “infrações de médio potencial ofensivo”.

Com a Lei n. 10.259/01, os crimes dos artigos 303 e 308 do CTB, que eram exceções, passaram a ser regra, pois admite-se o novo conceito para infrações penais de pena máxima de até dois anos.

Mas como ficará o crime de embriaguez ao volante, cuja pena máxima é de três anos?

Terá aplicação das benesses da Lei n. 9.099/95, por força do artigo 291, parágrafo único, da Lei n. 9.503/97.

Assim, podemos dizer hoje que o conceito de “infração de menor potencial ofensivo” passou a ser gênero do qual são espécies:

a) infrações de pequeno potencial ofensivo — previstas na Lei n. 10.259/01, artigo 2º, parágrafo único (todas infrações penais com pena máxima de dois anos ou multa, pouco importa se tenha ou não procedimento especial) — a competência para aplicação das benesses (artigos 69, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95, bem como os artigos 74 e 76 da mesma lei) e, se for o caso, processo e julgamento, será do JECrim, exceto em crimes eleitorais, que será da Justiça Eleitoral;

b) crime de médio potencial ofensivo: apenas o crime de embriaguez ao volante (artigo 306 do CTB, com pena máxima de três anos), cuja competência para benesses, processo e julgamento será da Justiça comum, por força do artigo 291, parágrafo único da Lei n. 9.099/95.

3.2 — Os crimes de abuso de autoridade e porte ilegal de arma

Com o advento da Lei n. 10.259/01, muitos Promotores e Juízes se indignaram com a aplicação de transação penal ou mesmo o rito do JECrim para o crime de abuso de autoridade e porte ilegal de arma, não no sentido de terem estes ritos especiais ou porque a pena é inferior a dois anos, mas pela objetividade jurídica que regulam, já que a vida, integridade física e saúde das pessoas é norma constitucional que não permite aplicação de institutos do Direito Penal Mínimo.

Para estes adeptos, como a Lei n. 10.259/01 tem retroatividade imediata, por ser norma mista, resta-lhes apenas o caminho do controle difuso de constitucionalidade, visando à não-aplicação da Lei n. 10.259/01, usando os argumentos constitucionais ligados à objetividade jurídica destes.

Em que pese o forte argumento da não-incidência da Lei n. 10.259/01 nestes crimes, ainda assim entendo que a Lei n. 10.259/01 deve retroagir, diante do artigo 5º, XL, da CF/88, deslocando sua competência para o JECrim e aplicando os institutos da Lei n. 9.099/95 (artigo 69, parágrafo único, 74 e 76). Isto porque o crime de abuso de autoridade, via de regra, não vem isolado, e sim em concurso de crime com outro, o que, somando-se as penas máximas, não induz à aplicação da Lei n. 9.099/95, em razão da

complexidade da causa, ficando desde já na Justiça comum (artigo 77, § 2º, da Lei n. 9.099/95).

Todavia, quando permitir a aplicação das benesses da Lei n. 9.099/95, o JECrim tem perfeitas condições de aplicar os benefícios legais ao autor do fato, pois devemos separar o joio do trigo e tentar recuperar o autor do fato, por exemplo, com palestras ligadas a cursos de direitos humanos etc.

Nesse sentido, tenho sustentado a inconstitucionalidade do artigo 90-A da Lei n. 9.099/95, que proíbe a aplicação das benesses da citada lei para a Justiça Militar. Todavia, o entendimento majoritário é que não cabe a aplicação da Lei n. 9.099/95 para crimes militares.

Outra parte da doutrina apenas entende aplicáveis dois dos quatro institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95:

- 1) os crimes de lesão corporal leve e culposa passaram a ser crime de Ação Penal Pública Condicionada à representação;
- 2) suspensão condicional do Processo (artigo 89).

Todavia, sou adepto a que se apliquem à Justiça Militar os quatro institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95, sendo que dois (74 e 76) são com reservas, ou seja:

— aplicam-se os artigos 88 e 89 da Lei n. 9.099/95, dois institutos despenalizadores de grande relevância;

— a transação penal (artigo 76) somente pode ser aplicada nas contravenções e nos crimes com pena máxima de dois anos ou multa, seja com ou sem procedimento especial (Lei n. 10.259/01);

— já o instituto da composição civil dos danos (artigo 74 da Lei n. 9.099/95) segue os mesmos critérios de aplicação do artigo 76 (transação penal) citado acima.

Assim, a Lei n. 9.839/99, que inseriu o artigo 90-A da Lei n. 9.099/95, é inconstitucional.

Como muito bem destaca o Exmo. Coronel Gentil Alberto de Menezes, em sua monografia jurídica de final de Curso de Graduação em Direito (Faculdade de Direito do Oeste de Minas, dezembro de 2001), é “a Inconstitucionalidade da Lei n. 9.839/99”, a teleologia da Lei n. 9.839/99 foi exatamente vedar os institutos

da Lei n. 9.099/95 por serem incompatíveis com os princípios que regem o Direito Penal Militar, dentre eles a “hierarquia e disciplina”, cuja tutela é prioritária para o Direito Castrense.

Assim, prossegue o monografista, “por interferência direta, à época, dos Ministros Militares — Marinha, Exército, Aeronáutica e Chefe do Estado Maior das Forças Armadas — foi submetido à consideração do Sr. Presidente da República a Exposição de Motivos Interministerial n. 6, de 30 de janeiro de 1998”, esta que deu origem à Lei n. 9.839/99.

Neste contexto histórico, destacam-se os seguintes dizeres dos Ministros:

“Não é difícil imaginar o caos que se instalaria nos quartéis e os irreparáveis danos para a disciplina e a operacionalidade das Forças Armadas, com a aplicação dos institutos inovadores trazidos pela Lei n. 9.099 de 1995, como a necessidade de representação do ofendido, nos crimes de lesões corporais, bem assim a suspensão do processo até quatro anos, como direito subjetivo do acusado”;

“Diante da certeza da suspensão do processo quantos subordinados hesitariam em praticar violência contra superior (artigo 157 do Código Penal Militar)? E o que dizer da violência do superior contra o subordinado (artigo 175 do mesmo código) [...]” — (frases retiradas da monografia do Exmo. Coronel Gentil Alberto de Menezes).

Pois bem, fácil para um aplicador do Direito dizer que uma norma é inconstitucional. Difícil é explicá-la.

Pois bem, por que a Lei n. 9.839/99 é inconstitucional?

Simplesmente porque cometeu um erro grave, que já era previsto desde os primórdios da civilização, como explica a Bíblia: não separou o joio do trigo (Mateus, 13-24)!

O militar deve ser considerado numa sociedade moderna como pessoa mais preparada que um civil, tendo, portanto, códigos mais rígidos, já que diuturnamente lida com vidas, patrimônios, liberdade e integridade física de outrem.

Daí por que se praticar um estupro, deveria ser punido com a pena do crime hediondo e não sem este rigorismo, pois seria um *contra sensu* para o civil responder assim, e o militar, cuja disci-

plina e hierarquia são inerentes, não sofrer os rigores da hediondez do crime. Aqui nota-se que a lei dos Crimes Hediondos errou, enquanto deveria dar mais rigor.

Assim, no âmbito penal, devemos considerar o princípio da alteridade, de Claus Roxin, em que o Direito Penal deve-se preocupar com atitudes que ofendam bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, de forma séria, e não condutas meramente pecaminosas, do ponto de vista subjetivo ou de pequena repercussão na objetividade jurídica.

Na Lei n. 9.099/95, ao elevar determinadas infrações a categorias de “menor potencial ofensivo”, com posterior ampliação deste conceito pelo artigo 2º da Lei n. 10.259/01, após previsão constitucional de penas de prestação social alternativa (artigo 5º, XLVI, d), não disse o constituinte de 1988 que “são infrações de menor potencial ofensivo àquelas previstas em lei, exceto para militares”, pois isto seria, em lei ordinária, quebra do princípio da isonomia, sem elemento diferenciador previsto por Aristóteles, qual seja, “tratar desigual os desiguais, na medida de sua desigualdade”.

Ora, se houvesse tratamento diferenciado entre civil e militar no tocante a benefícios em infrações de menor potencial ofensivo, deveria sê-lo para o militar, já que corre atrás de bandidos, troca tiros, recebe baixos salários, tem problemas emocionais causados pelo serviço e atende ao público de forma contínua, vendo os dramas dos seres humanos.

Rui Barbosa, na Oração aos Moços, Ediouro Editora, p. 55, é taxativo:

“[...] A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

“Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivaless-

sem. Essa blasfêmia contra a razão e a fé, contra a civilização e a humanidade, é a filosofia da miséria, proclamada em nome dos direitos do trabalho; e, executada, não faria senão inaugurar, em vez da supremacia do trabalho, a organização da miséria [...].”

Portanto, *data venia*, não aplicar os institutos despenalizadores aos militares que cometem “infrações de menor potencial ofensivo” é, sem dúvida, tratar desigualmente os iguais (civil e militar, neste particular), fomentando a discórdia e desprotegendo os bons militares que passam por momentos difíceis em sua carreira.

Ora, militares bons que erram são exemplos de seres humanos e não de monstros ou criminosos perversos ou nocivos ao meio social, já que a infração é, repito, de “menor potencial ofensivo”, bem como o que se garante é a representação da vítima na lesão corporal dolosa leve ou culposa, ou, ainda, suspensão condicional do processo para crimes com pena mínima de 1 (um) ano ou menos, bem como transação penal e composição civil dos danos com os critérios da Lei n. 10.259/01, igualando, assim, com os civis.

Portanto, os notáveis Ministros citados, preocupados com a disciplina e hierarquia, generalizaram situações distintas, quais sejam, crimes graves, cuja repressão aos militares deve ser mais rígida, sem sombra de dúvidas, com “infrações de menor potencial ofensivo”, não se justificando ser mais rígida do que a de um civil, já que não há nada que os distinga neste aspecto, ou seja, tanto o civil como o militar, sendo bons, mas com deslize na seara penal, devem ser beneficiados com os institutos da Lei n. 9.099/95, já que é preciso atender não somente os requisitos objetivos já vistos, mas também os requisitos subjetivos.

Neste sentido, a preocupação dos Ministros quanto a um “subordinado hesitar em praticar violência contra superior (artigo 157 do Código Penal Militar) e o superior contra o subordinado (artigo 175 do mesmo Código), sabedores que receberiam benefícios da Lei n. 9.099/95”, passa a ser um sofisma, já que para receber tais benefícios precisariam provar que atenderam os requisitos subjetivos, que, nas hipóteses levantadas, não estariam presentes, já que o Direito não privilegia situações de torpeza (“ninguém pode receber benefícios alegando a própria torpeza”).

O Direito Penal moderno exige que “se separe o joio do trigo”, pois é muito mais fácil recuperar um militar que recebe os benefícios da Lei n. 9.099/95, em situações demonstradas neste parecer, do que simplesmente generalizar os casos, sob falsas premissas (sofisma), com o fim único de usar o Direito Penal como instrumento meramente repressor, vingativo, punitivo, sem preocupar-se com que a pena também deveria ter seu aspecto de prevenção geral (reinsrer o apenado à sociedade).

Quando um pai pune o filho com tapas e socos, sem explicar-lhe o erro e dar chance de recuperação e retomada da consciência, está criando na sociedade um criminoso, do ponto de vista psicológico.

Todavia, quando o pai conserta o homem que existe em seu filho, ensinando que errou, mas dando chances de entender seu ato e recuperá-lo, está criando um cidadão, que saberá igualmente educar seu filho e assim sucessivamente.

Ao permitir, em hipóteses muito bem fundamentadas pelos órgãos do Ministério Público e do Poder Judiciário da Justiça Militar, os benefícios da Lei n. 9.099/95 ao militar, estar-se-á dando exatamente o que os citados Ministros desejam: disciplina e hierarquia na Justiça Militar, pois os militares bons que cometem infrações de menor potencial ofensivo, após estas benesses, voltarão conscientes do que praticaram e terão oportunidade de melhor servir a comunidade, o Estado em que são lotados, e, via de consequência, o País e a Pátria!

No entanto, se generalizarmos os militares que cometem infrações de menor potencial ofensivo daqueles que praticam crimes graves, estaremos punindo os bons, que certamente, ao verem estas incompatibilidades, chegarão à falsa ilusão de que nada lhes adiantou servir a Pátria, pois esta lhes deu as costas, quando eles mais precisavam dela.

Esta é a verdadeira Justiça?

Rui Barbosa, há cerca de 90 anos, proferiu estas palavras que retratam bem o Brasil de hoje:

“De tanto triunfar as nulidades, e tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desani-

mar-se da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto” (sublinhado nosso).

Ninguém está defendendo os militares que cometem crimes graves, já que estes não merecem nenhum benefício legal, pois representam “o joio” (Mateus 13-24).

O que se defende é outra categoria de militares (“o trigo” — Mateus 13-24), justamente aqueles que, por descuido ou por contingência da vida, num momento de extrema infelicidade, cometem infrações de menor potencial ofensivo, não sendo perigosos e tampouco nocivos ao meio social e militar, já que, inclusive, paralelamente aos benefícios dos artigos 88 e 89 da Lei n. 9.099/95, sofrerão reprimendas administrativas, quiçá mais graves que a própria pena abstrata do delito, já que entregar uma farda e armas à Instituição é entregar um ideal de amor e sentimento de respeito à Pátria.

Pois bem, são justamente esses militares que merecem tais benefícios, que não serão analisados apenas no âmbito objetivo, mas também subjetivo e, repito, somente em infrações de menor potencial ofensivo.

O requisito subjetivo para os militares, na maioria das vezes, deve ser extraído das Notas de Prêmios e Castigos (ficha funcional), devendo sempre prevalecer a segurança coletiva propiciada e os benefícios que trouxeram à comunidade e à nação brasileira com seus atos operacionais, conforme sabiamente ensina o filme que retrata a história de militares norte-americanos — “Regras do Jogo” (*Rules of Engagement*, 2000, *Paramount Pictures*, com Tommy Lee Jones, Samuel L. Jackson, Guy Pierce Bem Kingsley e Anne Archer).⁹

⁹ Regras do Jogo: O filme inicia em 1968, quando o Coronel Childers (Samuel L. Jackson) e o Coronel Hodges (Tommy Lee Jones) lutam nos campos do Vietnã. Separado do grupo de Childers, o grupo de Hodges sofre uma emboscada. Seria-mente ferido e com todos os seus homens mortos, Hodges é salvo por Childers. Quase trinta anos mais tarde, o Cel. Childers é chamado para liderar o grupo de fuzileiros designado a proteger o embaixador americano de uma violenta manifestação de árabes no Iêmen. Depois de salvar o embaixador, mas perder fuzileiros no confronto, Childers manda atirar na multidão, matando 83 pessoas dentre mulheres, velhos e crianças, deflagrando uma crise internacional. Os E.U.A decidem levar o condecorado Cel. Childers à Corte Marcial.

Conforme caminhou muito bem em sua monografia já mencionada, o Exmo. Coronel Gentil Alberto de Menezes coloca uma situação ainda mais injusta: imaginem que, numa grande operação conjunta entre Polícia Civil (como Polícia Judiciária) e Polícia Militar, um militar e um policial civil, agindo em co-autoria, previamente ajustados, cometem um desatino, dando causa a uma infração de menor potencial ofensivo.

O policial militar simplesmente verá o policial civil se beneficiar dos institutos da Lei n. 9.099/95 (transação penal no JECrim, em face da Lei n. 10.259/01), enquanto que ele, pelo mesmo ato de co-autoria, sofrerá uma reprimenda dura na esfera penal, sem prejuízo da seara administrativa.

Houve dois pesos e duas medidas neste caso? Isto é Justiça? Qual elemento diferenciador justifica punir neste caso o militar mais severamente do que o policial civil, se houve co-autoria delitiva?

Ademais, sem prejuízo deste entendimento, deve-se observar a lei processual no tempo, ou seja, se a nova lei prejudicial (*novatio legis in pejus* — Lei n. 9.838/99) entrou em vigor depois do fato, pois neste caso não pode prejudicar o direito adquirido, pois lei processual penal, quando mista, segue a regra da lei penal no tempo, isto é, a lei nova prejudicial não retroagirá, salvo se beneficiar o réu. Vejamos a Jurisprudência nesse sentido:

“*Habeas corpus* originário substitutivo de recurso ordinário — Crimes militares de lesão corporal culposa e abandono de posto — Lei n. 9.099/95: exigência de representação para o primeiro crime (artigos 88 e 91) e possibilidade de concessão de *sursis* processual (artigo 89) para o segundo — Direito intertemporal: advento da Lei n. 9.839/99 excluindo a aplicação da Lei n. 9.099 do âmbito da justiça militar — 1. A jurisprudência deste Tribunal entendeu aplicável à Justiça Militar as disposições da Lei n. 9.099/95 e, assim, a necessidade de representação, no caso de lesão corporal leve ou culposa (artigos 88 e 91), e a possibilidade

O Cel. Childers, então, chama o Cel. Hodges, que se tornou advogado, para defendê-lo. As regras do jogo darão seu destino.

Portanto, neste filme, há uma missão de resgate. Um grupo de fuzileiros entre a vida e a morte. E, um código a seguir!

de concessão da suspensão condicional do processo, quando a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano. Entretanto, esta orientação jurisprudencial ficou superada com o advento da Lei n. 9.839/99, que afastou a incidência da Lei n. 9.099/95 do âmbito da Justiça Militar. 2. Fatos ocorridos em 1998, portanto, na vigência da Lei n. 9.099/95 e antes do advento da Lei n. 9.839/99. 3. Conflito de lei no tempo que se resolve à luz do que dispõe o artigo 5º, XL, da Constituição (a lei penal não retroagirá, senão para beneficiar o réu), ou seja, sendo a nova disposição *lex gravior*, não pode alcançar fatos pretéritos, que continuam regidos pelo regramento anterior (*lex mitior*). Este assento constitucional afasta, no caso, a incidência do artigo 2º do CPP, que prevê a incidência imediata da lei processual nova. 4. *Habeas corpus* conhecido e deferido, integralmente quanto ao primeiro paciente, para declarar a extinção da punibilidade em face da recusa de representação por parte do ofendido, e, em parte, quanto ao segundo, para determinar que seja colhida a manifestação do Ministério Público Militar sobre a oportunidade, ou não, de proposta de suspensão condicional do processo (STF — HC 79988 — 2ª T. — rel. Min. Maurício Corrêa — DJU 28-4-2000 — p. 74).

Assim, a missão do Ministério Público nas Auditorias Militares e no próprio órgão do Poder Judiciário atuando nas Auditorias Militares é uma missão extremamente difícil, pois terá de separar o joio do trigo, em benefício da própria nação, argüindo, *incidenter tantum*, ou seja, na parte fundamentadora da sentença, a inconstitucionalidade da Lei n. 9.839/99 (controle difuso de constitucionalidade), para na parte dispositiva da sentença, no mérito, aplicar aos bons militares, que cometerão infrações de pequeno potencial ofensivo, os benefícios da Lei n. 9.099/95 (com o conceito da Lei n. 10.259/01), da mesma forma que aplicariam para um civil, não havendo, portanto, quebra dos princípios da igualdade, do *favor rei* e do *jus libertatis*, da proporcionalidade e razoabilidade.

Portanto, entendendo, *data venia*, que aos crimes militares cabe a aplicação da Lei n. 10.259/01, porém, na Justiça Castrense, é inconstitucional o artigo 90-A da Lei n. 9.099/95, por quebrar o princípio da igualdade (artigo 5º, I, da CF/88), proporcionalidade e razoabilidade (artigo 5º, LIV, da CF/88).

Soma-se a isso que o crime de abuso de autoridade e porte ilegal de arma de fogo permitida, em que pesem suas objetividades jurídicas, são da competência do JECrim e sujeitam-se ao conceito de infrações de menor potencial ofensivo, até porque, no caso do crime de abuso de autoridade, por força do artigo 6º, § 4º, da Lei n. 4.898/65, a pena de perda do cargo nem sempre é aplicável, aliás, dificilmente a esta se chega, em face da aplicação das penas alternativas dos artigos 44 e 77 do Código Penal e, muitas vezes, em face da prescrição deste crime em dois anos (artigo 109 do CP).

3.3 — Os crimes de competência de foro pela prerrogativa de função

Os crimes cuja competência são de foro pela prerrogativa de função, inclusive cujo o rito especial está estipulado na Lei n. 8.038/90, também terão possibilidade de aplicação dos institutos da Lei n. 9.099/95, em razão do novo conceito trazido pela Lei n. 10.259/01, artigo 2º, parágrafo único.

3.4 — A Lei n. 10.259/01 e a legislação de entorpecentes

Conforme já relatado, o artigo 16 da Lei n. 6.368/76 também permitirá a aplicação da transação penal da Lei n. 9.099/95, em razão de a Lei n. 10.259/01 não proibir sua aplicação para rito especial. Todavia, deve no JECrim ser oferecida para o autor do fato proposta de internação em clínica, às expensas do infrator, para tratamento psicotrópico, como forma de reinserção social da pessoa viciada.

Como na Justiça brasileira existem milhões de crimes regulados pelo artigo 16 da Lei n. 6.368/76, o ideal é designar audiência preliminar em conjunto, nos salões do Tribunal do Júri ou acomodações maiores, para que o JECrim não delongue no procedimento ou na benesse, nem fique impraticável com o imenso volume de serviço.

O comando geral para aplicação dos institutos da composição civil dos danos (artigo 74) e transação penal (artigo 76), bem como a impossibilidade do flagrante (artigo 69), está contido no conceito de “infração penal de menor potencial ofensivo”, ou seja, é por meio do resultado deste conceito que aplicamos estes institutos. Os regimes dos artigos 88 (representação) e 89 (suspensão

condicional do processo) não têm qualquer ligação com o conceito de “infração de menor potencial ofensivo”, ou seja, têm características próprias e autônomas, não se vinculando sequer ao artigo 61 da Lei n. 9.099/95. Daí por que são normas gerais que deveriam estar no Código Penal, em um dos parágrafos do artigo 129 (no caso do artigo 88 da Lei n. 9.099/95) ou no Código de Processo Penal (artigo 89 da Lei n. 9.099/95).

4. Concurso de infrações e transação penal

Pode ocorrer que, uma vez delimitada, de regra, a competência do JECrim para infrações de menor potencial ofensivo (exceto para crimes eleitorais, cuja competência é da Justiça Eleitoral e, exceto o crime de embriaguez ao volante, cuja competência é da Justiça comum), haja duas ou mais infrações, cuja pena máxima, somadas, ultrapassam dois anos. Ex: porte ilegal de arma e uso de substância entorpecente.

Neste caso, como deverá agir o JECrim?

Poderá haver três alternativas:

a) oferecimento de denúncia e rito do próprio JECrim (artigo 81 da Lei n. 9.099/95), usando da interpretação da Súmula 81 do STJ ou;

b) aplicação do artigo 77, § 2º, da Lei n. 9.099/95, isto é, devolver os autos para a justiça comum, diante da complexidade da causa.

Nos dois primeiros casos, não caberá a transação penal (usando da interpretação da Súmula 81 do STJ).

c) o JECrim será competente para ambos, sendo que num deles caberá transação penal, enquanto que para o outro haverá denúncia com o benefício da Suspensão Condicional do Processo, já que os artigos 76 e 89 da Lei n. 9.099/95 são independentes e autônomos, isto é, um não exclui o outro.

5. Transação Penal Vs. Suspensão Condicional do Processo

Com o advento da Lei n. 10.259/01, surgirá um problema técnico:

Os processos que estavam em curso antes do advento da Lei n. 10.259/01 e que tinham como benefício o artigo 89 da Lei n.

9.099/95, por exemplo, porte de substância entorpecente (artigo 16 da Lei n. 6.368/76), como ficarão, já que a nova lei trouxe possibilidade de transação penal para pena máxima de dois anos, que é muito mais vantajosa do que a suspensão condicional do processo?

Realmente, a transação penal é mais vantajosa do que a suspensão condicional do processo, pois na primeira não existe denúncia (exceção ao princípio da legalidade da ação penal pública) e tampouco há necessidade de condições legais e judiciais de cumprimento, como comparecimento mensal em juízo, de dois a quatro anos, para justificar suas atividades.

Nesse caso, deverá o magistrado, com o pedido feito ou mesmo de ofício, trancar o Processo Penal, que estava suspenso via suspensão condicional do processo, e abrir prazo para o Ministério Público oferecer transação penal?

Haverá duas correntes:

1ª corrente — os processos em curso não se sujeitarão à transação penal, pois se trata de lei meramente processual, logo, com aplicação imediata, sem retroatividade (artigo 2º do CPP), isto é, aplicando-se apenas para os casos a partir de 13-1-2002. Ademais, como o recebimento do artigo 89 da Lei n. 9.099/95 não impede que o mesmo autor do fato receba o artigo 76 da Lei n. 9.099/95, por serem institutos autônomos, não haveria qualquer prejuízo;

2ª corrente — sendo norma mista, com retroatividade benéfica (artigo 5º, XL, da CF/88), o magistrado, jamais de ofício, para evitar, via oblíqua, que invada a titularidade da ação penal pública, deverá abrir vista para o Ministério Público para que este concorde ou não com o trancamento do Processo para aplicação da transação penal. Se o Ministério Público discordar, sem justo motivo, o magistrado deverá aplicar, por analogia, o artigo 28 do CPP. Se o *Parquet* concordar, o Processo Penal que estava suspenso via suspensão condicional do processo (art. 89) será trancado, por falta de condição de ação (falta de possibilidade jurídica do pedido superveniente), remetidos os autos para o JECrim, a fim de que o Ministério Público ofereça a proposta de transação penal (artigo 76). O magistrado, porém, deverá comunicar à Secretaria do Juízo

para que atualize a certidão cartorária criminal, constando o trancamento do processo por falta de condição de ação superveniente e conseqüente aplicação de transação penal.

Particularmente entendo que, antes de trancar o processo penal e perder a denúncia e o recebimento da denúncia (que interrompe a prescrição), o magistrado deverá notificar o advogado e o autor do fato a fim de aceitarem ou não a transação e, somente após cumprida, é que efetivamente se trancaria o Processo Crime, sob pena de uso anormal do direito (abuso do direito ou ato emulativo). Isto porque a Justiça pode ser cega, mas tem cérebro!

A defesa, caso não consiga este trancamento do Processo Crime, deverá impetrar *Habeas Corpus*, com base no artigo 5º, XL, da CF/88 c/c artigo 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/01.

6. A Lei n. 10.259/01 alterou, por analogia, o prazo do artigo 89 da Lei n. 9.099/95 para dois anos também (como fez com o instituto da transação penal)?

A resposta deve ser negativa.

O artigo 89 da Lei n. 9.099/95 não foi alterado pela nova lei, permanecendo o mesmo critério de pena mínima de 1 (um) ano, para qualquer procedimento.

Talvez tenha o legislador se equivocado, pois certamente queria ampliar o prazo do artigo 89 da Lei n. 9.099/95, e não o comando geral (conceito de “infrações de menor potencial ofensivo”) que influenciaria nos artigos 74 e 76 da Lei n. 9.099/95.

A esta conclusão se chega porque os institutos dos artigos 88 (representação) e 89 (suspensão condicional do processo) não têm qualquer ligação com o conceito de “infração de menor potencial ofensivo”, ou seja, têm características próprias e autônomas, não se vinculando sequer ao artigo 61 da Lei n. 9.099/95.

Daí por que são normas gerais que deveriam estar no Código Penal, em um dos parágrafos do artigo 129 (no caso do artigo 88 da Lei n. 9.099/95) ou no Código de Processo Penal (artigo 89 da Lei n. 9.099/95).

Por conseguinte, em que pese o prazo da transação penal (artigo 76 da Lei n. 9.099/95 c/c o conceito da Lei n. 10.259/01, artigo 2º, parágrafo único) ser de dois anos (para pena máxima) e o da suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei n.

9.099/95) ser de um ano (para pena mínima), o que aparenta uma contradição, o prazo do artigo 89 da Lei n. 9.099/95 não foi alterado pela Lei n. 10.259/01.

Assim, nada impede que uma pessoa receba em um processo criminal apenas a suspensão condicional e não a transação penal, por ter pena máxima de três anos e pena mínima de um ano. Ex: embriaguez ao volante (em que pese neste crime caber transação penal apenas porque o artigo 291, parágrafo único, da Lei n. 9.503/97 excepciona).

Da mesma forma, nada impede que a pessoa tenha recebido uma transação penal por um crime e, no mês seguinte, cometa outro. Neste caso, sofrerá denúncia mas receberá a suspensão condicional do Processo, por ser instituto autônomo do artigo 76 da Lei n. 9.099/95.

Por outro norte, nada impede que a pessoa recuse a proposta de transação penal. Neste caso, sofrerá denúncia e terá oferecido a suspensão condicional do Processo, que poderá aceitar por ter-se arrependido de não ter aceito a transação penal.

Portanto, em que pese o prazo de transação penal ter sido alterado para dois anos e a suspensão condicional do processo ter permanecido por um ano, trata-se apenas de uma aparente contradição, que é apenas aparente porque o critério para transação penal é pena máxima e se sujeita ao artigo 61 da Lei n. 9.099/95, enquanto que o critério para a suspensão condicional do processo é de pena mínima e não se sujeita ao artigo 61 da Lei n. 9.099/95, sendo ambos institutos autônomos em que um não exclui o outro.

III. Conclusões

Por todo o exposto, usando da proporcionalidade e razoabilidade constitucional, podemos concluir que:

1º) O novo conceito de “infrações de menor potencial ofensivo” é gênero do qual são espécies:

a) infrações de pequeno potencial ofensivo — previstas na Lei n. 10.259/01, artigo 2º, parágrafo único (todas infrações penais com pena máxima de dois anos ou multa, pouco importa se tenha ou não procedimento especial) — a competência para aplicação

das benesses (artigo 69, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95, bem como os artigos 74 e 76 da mesma lei) e, se for o caso, processo e julgamento, será do JECrim, exceto em crimes eleitorais, que será da Justiça Eleitoral;

b) crime de médio potencial ofensivo: apenas o crime de embriaguez ao volante (artigo 306 do CTB, cuja pena máxima é de três anos), cuja competência para benesses, processo e julgamento será da Justiça comum, por força do artigo 291, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95.

2º) A Lei n. 10.259/01 derogou o artigo 61 da Lei n. 9.099/95, conceituando como “infração de menor potencial ofensivo”:

- a) todas as contravenções penais;
- b) todos os crimes punidos com pena privativa de liberdade até dois anos, inclusive;
- c) todas as infrações penais punidas somente com multa;
- d) todas as infrações penais, pouco importando se tenham ou não procedimento especial;

3º) A Lei n. 10.259/01 tem natureza jurídica de norma mista, seguindo as regras da lei penal no tempo, ou seja, retroagindo por inteiro (inclusive no tocante à parte de processo penal — fixação de competência do JECrim), consoante artigo 5º, XL, da CF/88;

4º) a competência para aplicação dos artigos 74 e 76 da Lei n. 9.099/95, em face da Lei n. 10.259/01 será do Juizado Especial Criminal (JECrim), inclusive em relação a casos anteriores à vigência da Lei (casos anteriores a 13-1-2002). As exceções feitas à competência do JECrim são as seguintes:

- a) nos crimes eleitorais, cuja competência é da Justiça Eleitoral, diante da competência constitucional em razão da matéria;
- b) nos crimes militares (considerando a inconstitucionalidade do artigo 90-A da Lei n. 9.099/95), cuja competência é da Justiça Castrense, diante da competência constitucional em razão da matéria;
- c) no crime de embriaguez ao volante (artigo 306 da Lei n. 9.503/97) (considerada “infração penal de médio potencial ofensivo”), cuja competência é da justiça comum;

5º) A Lei n. 10.259/01 se aplica para todas as infrações penais com rito especial (incluindo neste contexto os crimes de abuso de autoridade, porte ilegal de armas de fogo de uso permitido, porte de substância entorpecente, os crimes de competência do foro pela prerrogativa de função etc.), inclusive para aquelas anteriores à entrada em vigência da lei (antes de 13-1-2002), por se tratar de norma mista, devendo ser analisados os processos em curso para comprovação se o benefício da transação penal será mais vantajoso do que o da suspensão condicional do processo, caso em que haverá o trancamento do Processo Crime originário por falta de condição de ação superveniente;

6º) No caso de concurso de infrações penais da competência do JECrim, da Justiça comum (artigo 306 do CTB), da Justiça Eleitoral (crimes eleitorais) ou da Justiça Militar (crimes militares, considerando a inconstitucionalidade do artigo 90-A da Lei n. 9.099/95), haverá três correntes no tocante à possibilidade ou não de aplicação de transação penal (artigo 76 da Lei n. 9.099/95 com a nova redação da Lei n. 10.259/01, artigo 2º, parágrafo único):

a) oferecimento de denúncia e rito do próprio JECrim (artigo 81 da Lei n. 9.099/95), usando da interpretação da Súmula 81 do STJ ou;

b) aplicação do artigo 77, § 2º, da Lei n. 9.099/95, ou seja, devolver os autos para a justiça comum, que será a competente para processo e julgamento, diante da complexidade da causa;

Nos dois primeiros casos não caberá a transação penal (usando da interpretação da Súmula 81 do STJ).

c) O JECrim será competente para ambos, sendo que num deles caberá transação penal, enquanto que para o outro haverá denúncia com o benefício da suspensão condicional do processo, já que os artigos 76 e 89 da Lei n. 9.099/95 são independentes e autônomos, ou seja, um não exclui o outro;

7º) A Lei n. 10.259/01 não alterou o prazo do artigo 89 da Lei n. 9.099/95, que continua sendo aplicável para todas as infrações penais, com ou sem procedimento especial, desde que com previsão de pena mínima de um ano, inclusive.

IV. Bibliografia

- CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. *São Paulo: Saraiva, 2000.*
- FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. Revista dos Tribunais. GOMES, Luiz Flávio, *Lei dos juizados criminais federais e seus reflexos no âmbito da competência dos juizados estaduais*. Síntese Jornal, Doutrina, fevereiro de 2002.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Presunção de inocência e prisão cautelar. *São Paulo: Saraiva.*
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica Processual e teoria do processo. *Rio de Janeiro: Aide.*
- GRINOVER, Ada Pellegrini.
- Novas tendências do direito processual. *Rio de Janeiro: Forense Universitária.*
- Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques. *São Paulo: Saraiva, 1982.*
- As nulidades no processo penal. *São Paulo, Malheiros, 1994.*
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. Saraiva.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. Forense.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *A exceção do art. 61 da Lei dos Juizados Especiais Criminais em face da Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001 (Lei dos Juizados Especiais Federais)*, in www.damasio.com.br, ago.2001.
- JESUS, Damásio Evangelista de. Código de Processo Penal anotado. *São Paulo: Saraiva, 1998.*
- KARAM, Maria Lúcia. Competência no processo penal. *São Paulo: RT.*
- MARQUES, José Frederico. Da competência em matéria penal. *Edição histórica e tiragem controlada*. Campinas: Millennium, 2000, revista, atualizada e complementada por José Renato Nalini e Ricardo Dip.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. *São Paulo: Atlas; Código de Processo Penal Interpretado. São Paulo: Atlas, 2000.*
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. *São Paulo: Atlas, 2000.*
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, volumes I, II e III, 2000.
- VARGAS, José Cirilo de. *Processo Penal e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey.